

裁判別居について

今 中 武 夫

Ⅰ 序

試みに朝日年鑑昭和45年版によれば、つぎのことが明らかとなる。わが国においては、戦後離婚件数が激増し、その離婚率は人口1000につき1前後にのぼったのであるが、1951年以後低下して、56年から59年までの間は0.8前後を、そして60年から64年までの間は0.74前後を保っていた。しかし、65年以後は0.8をこえて高まる傾向をみせ、68年の離婚件数は87000余となって、67年に比べ3400余の増加となり、その離婚率は67年の0.84に対して68年は0.86を示す。⁽¹⁾もとより、離婚の大部分をなすものは協議離婚であるが、⁽²⁾いずれにしても離婚件数の多いということは、たしかに嘆かわしいことであるといわなければならない。離婚件数の漸増を法律をもって阻止しようという試みは、いうまでもなく、不可能のことである。⁽³⁾離婚法なるものは、離婚を阻止するためのものではなくして、離婚のやむなきにいたった場合、いわゆる婚姻破綻の場合に、如何にそれを処理すべきかを規定しているにすぎない。わが民法752条に「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない」とある。これは、婚姻の一般的効果を規定したものであるが、同時に婚姻の本質なるものを明示したものである。⁽⁴⁾婚姻における同居義務は、それを通して協力義務・扶助義務という他の義務を充足させるものである。同居を措いては、いうまでもなく、婚姻とはいえない。婚姻破綻とは、何らかの原因があって、配偶当事者の一方的意思によるあるいは合意による別居形態を、結果していることを常態とするものといえるであろう。私は、離婚をいわゆる「必要悪」(necessary evil)であると肯定する者であ

る。しかし、それが如何なる形態の離婚——わが民法の協議離婚(民法763条以下)・調停前置主義による調停離婚(家事審判法17条)・審判離婚(同23条・24条)・裁判離婚(民法770条以下)——であっても、少なくとも、最終的な裁判離婚によって即決的に婚姻破綻を処理すべきではない、と私は考える。

離婚の結果するところは、つぎの問題であるとまずいいうるであろう。その第1の問題としては、配偶当事者の離婚後における経済的独立ということと当事者間の子女の福祉ということである。そしてこの問題なるものが、あらゆる国々における離婚法の焦点をなしている。したがって、わが民法においても、この問題については離婚の効果として一応の規定をおいているのである。その第2の問題としては、第1の問題に附随するものとして、当事者の離婚感情ということである。このことも忘れてはならないもの、と私には考えられる。離婚感情については、かりに当事者の双方に離婚意思が存する場合においても、一時的には婚姻的拘束からの解放感が与えられるであろうが、当事者の心裡を等しく占拠するものは、人間としての空虚感であるにちがいない。まして、当事者の双方に離婚意思の存否不分明の場合において、さらに当事者の一方に離婚意思の存しない場合にあっては、当然のことであろう。しかし、この小論においては、この感情論を不問に付することにする。

婚姻破綻の処理に対しては、裁判離婚のほか何らかの考慮が払われて然るべきものである、と私には考えられるのである。婚姻破綻なるものは、配偶当事者がみずからその自由意思によって、解決すべきものである。それがため

には、当事者に対して何らかの反省・熟慮の機会を与え、そのことによって離婚を阻止するにいたるならば、これにまさることはない。しかし、たとえ離婚を阻止するにいたらないとしても、何らかの形態を通して、離婚より救済されるべきものである。ここに、わが民法において認められていない別居制度 (separation of bed and board) の一つとしての裁判別居 (judicial separation) なるものが、現行の離婚形態に対して存在理由をもつものである、と私には考えられるのである。別居制度は、すでに欧米諸国において採りあげられている。⁽⁵⁾ この小論においては、もとより、別居制度の一つである裁判別居についてのみ触れることにする。

- (1) 朝日年鑑昭和45年版 230 頁参照。なお、厚生省が昭和34年の人口動態の概要を発表したものにょれば、離婚は史上最高として、離婚件数は 86921 件にて前年に比べ 3679 件、3.6 パーセントオーバーとなっており、離婚率 (人口 1000 人に対し) にしても 0.86 となり、件数とともに人口動態統計をとり始めて以来最高を記録したものである (昭和 44 年 4 月 2 日大阪毎日新聞夕刊 8 頁参照)。
- (2) 厚生省統計調査部が昭和 45 年 6 月 2 日に発表した調査によれば、協議離婚は離婚の 9 割を占める旨を示している (昭和 45 年 6 月 13 日大阪毎日新聞朝刊 22 頁参照)。なお、このことを明らかにするものとして、青山道夫教授は、わが国の離婚のうち最も多いものは、協議離婚であるとして、昭和 39 年度の離婚種類別件数とその割合をつぎのようにあげておられる。

総 数	72,306	100.0%
協議離婚	65,876	91.1%
調停離婚	5,621	7.8%
審判離婚	43	0.1%
判決離婚	766	1.1%

(青山道夫「入門シリーズ新訂家族法入門」183—4 頁参照)

- (3) 法律による離婚阻止の不可能なことについて、中川善之助学長は「離婚は婚姻の死亡診断書であるから、これを制限しても婚姻の死亡率を減少せしめることはできない。縦令できたとしてもそれは空虚な統計的数字に過ぎなく、実際の婚姻死亡率はむしろ法律以前の原因によって左右されるものというべきである」といっておられる (中川善之助「親族法 <上巻>」256 頁)。また、島津一郎教授にしても、離婚の増加を法律によっては殆んど阻止されえないとし、その事例に離婚原因を姦通に限定しているア

メリカのニューヨーク州を採りあげ、その離婚数は、離婚の比較的容易な他州に比べて決して少なくなく、法律は離婚の増加に対して僅かな統制力しかもたない、といっておられる (東北大学民法学会「注解親族法」109 頁参照)。

- (4) 拙稿「夫婦の協力・扶助の義務の性格について」滋賀大学学芸学部紀要 11 号 62—3 頁参照。
- (5) 別居制度の 1 つとして、裁判別居のほかは協議別居を認めているのは、たとえば、イギリスである。しかし、ここに注意すべきこととして、スカンジナビア諸国においては、第 1 次世界大戦直後、合意別居というものが認められ、別居期間が 1, 2 年間継続したとき、その事実に基づいて離婚を請求できるという、ある種の離婚法を採用しているのである。それは、1, 2 年間の冷却期間をおいた合意離婚であるとも、また、協議別居離婚とも呼ぶべき 1 種の離婚形態であろう。それは、別居から離婚への転換という形式を藉りたものにすぎないが、それらの諸国においては、別居の転換として規定せずして、一定期間の別居継続を離婚原因として規定しているのである (中川前掲書 257 頁, 267 頁参照)。

Ⅱ 裁判別居の機能

わが民法の裁判離婚は、終戦後離婚法の改正にともなう、いわゆる破綻主義の原理のうえに打ち建てられている。このことは、婚姻継続を不可能とさせる程度にまで婚姻破綻の生じたとき配偶当事者が離婚請求をなすことができること、さらにその帰結として、裁判官に「一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる」⁽¹⁾ (民法 770 条 2 項) という、きわめて広い範囲の自由裁量権が与えられていることである。

それでは、婚姻破綻についての幾つかの裁判離婚の判例を、ここにあげてみよう。そのなかには、離婚請求を認めたものも、またそれを棄却したものもある。その判例の適否を批判しようという意図から、それらをここに例示するのではない。それは、いずれの判例においても、婚姻破綻の復元に対し必ずしもその可能性を見いだせないものではないことを、明らかにしようとする意図からである。第 1 例としては、昭和 25 年 10 月 11 日 (昭和 25 年 (タ) 11 号) の神戸地方裁判所の判例である。⁽²⁾ それは、終戦後の住宅難による、原告妻 X と被告夫 Y との合意に

よる別居生活がもたらせた愛情喪失による婚姻破綻である。裁判所は、これを民770条1項5号の「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」に該当する事件として、Xの離婚請求を認めたのである。その事実をつぎにあげてみよう。XYは終戦後の住宅難時代の昭和22年3月に婚姻したが、同居すべき住宅がなかったため、それぞれの両親の家に合意によって別居生活を営んでいた。長子出生の際X方への産衣や着替が中古の仕方直品であったことから、Yを冷淡な慾深い人間であると思い始め、婚姻後1ヶ年を経過しても新居を求めないこと、またXの父母にXを扶養させることは自己の負担を免れるためであると考えているにいたる。Yが知人の離座敷一室の間借の見込のあることを伝えたとき、XはYとの同居を拒絶した。Xは全くYに対する愛情を喪失し、Yとの婚姻生活の持続の意思なくむしろYに嫌悪・反感の念にとらわれている。Yはいまだにこの婚姻生活の持続に希望を捨てていないようである。しかし、これまでの経過や当事者双方の性格から、将来再び円満な関係に復帰する見込はないと解される。婚姻破綻の主因は、XY間にやむをえない別居生活にあるが、それにはXYのいずれにも特に責はない。こうした状態において、夫婦という名のもとに結びつけておくことは不当である、⁽³⁾というのである。第2例としては、昭和28年11月11日（昭和26年（タ）21号）の京都地方裁判所の判例⁽⁴⁾である。それは、被告妻Yの同居義務違反として責に帰すべき一方的な別居生活⁽⁵⁾がもたらせた、原告夫Xとの婚姻破綻である。裁判所は、これをも同5号に該当する事件として、Xの離婚請求を認めたのである。その事実をつぎにあげてみよう。XY間の婚姻破綻の主因としては、Yの我儘による昭和16年以来の長年月にわたる別居生活であり、しかも、Xの愛情をつなぎとめる何らかの方法も講じていないことである。昭和17年末頃Xからの復帰要求に対しても、人を介して交渉するような態度を続けた。昭和20年8月Xは離婚訴訟を提起して、XY間の溝はいよいよ深くなつた。Xは昭和21年1月訴をいったん取り下げたのであるが、再び昭和

23年11月にYに離婚の意思を表明した。訴外の女Aとの関係は昭和24年1月以来であって、このことによりXY間の婚姻破綻が生じたのではない。YにはいまだXとの婚姻生活の維持に希望を捨てていないようであるが、真の愛情を持っているかは疑わしい。これまでの経過から、XYが将来再び円満な関係に復帰できる見込が全然ないと解されるというのである。⁽⁵⁾第3例としては、昭和29年12月14日（昭和27年（オ）196号）の最高裁判所第3小法廷の判例である。それは、上告人夫の悪意の遺棄として責に帰すべき一方的な別居生活⁽⁶⁾がもたらせた被上告人妻Yとの婚姻破綻である。この第3例は他の2例と異り、裁判所が同5号に該当しない事件として、Xの離婚請求を棄却したのである。もっとも、第一審の横浜地方裁判所にしてもまた第二審の東京高等裁判所にしても、原告であり控訴人である夫Xの離婚請求を棄却している。⁽⁷⁾つぎに最高裁判所の判旨をあげてみよう。それは「原審の認定した処によると上告人は何等相当の事情もないに拘わらず、他に情婦を持ち妻たる被上告人を遺棄して情婦と同棲し、これにより夫婦生活の破綻を生じたのであって、右破綻は一つに上告人の右背徳行為に基因するものである。民法第770条第1項第5号は相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながら、そのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘わらず、右法条により離婚を強制するが如きことは、吾人の道德観念の到底許さない処であって、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない。されば、原判決も結局右と同趣旨に出でたるものであって正当であり論旨は理由なきに帰する」としている。⁽⁸⁾私は、ことさら、この第3例の場合における横浜地方裁判所の判旨を、ここにあげてみたい。それは「おもうに、婚姻生活は男女の本質的平等に立脚し、相互の深い愛情と理解によって結ばれ互に協力してこれを維持して行かなければならないのであって、長い婚姻生活の中には或は意思の疏通を欠き互に不満を感ずることもあろう

が、かかる事態に立ち到ったときは、相互に障碍を克服する様最善の努力をなすべきであり、一時の和合を欠くことがあっても配偶者の一方が他に異性を求めて、これと同棲し婚姻生活の破綻を招来するが如きは許されず、これがため夫婦関係が有名無実⁽⁹⁾に帰するも自ら招いた結果であって、これを理由に離婚を求めないものといわなければならない⁽⁹⁾」というのである。この判旨が示しているように、長い婚姻生活のうちに生ずる婚姻破綻に対しては、配偶当事者相互の努力によって克服すべきものとしているところを、私はあえて強調したいのである。当事者が、婚姻破綻を克服するためには、何らかの反省・熟慮の機会が与えられること、また同時に婚姻意識の正浄化ということが必要とされる。そして、そこに、婚姻生活への復帰ということが結果するのである。

以上3例のすべてにおいて、被告となった相手方配偶者には、いずれも離婚意思が存していない。第1例および第2例の場合においては、離婚判決が下されたのであるが、それがもし別居判決が下されたのであるとすれば、当事者の別居生活というものに如何なることが起きるであろうか。別居とは単に同居義務のみの解消にすぎないものであって、他の婚姻の法的効果は依然として存続するかぎり、当事者を結びつける何物かがそこに存しているのである。したがって、この場合、もしその別居生活に対し何らかの反省・熟慮の機会が与えられ、また同時に婚姻意識の正浄化ということによって、当事者の婚姻生活への復帰の可能性なるものが、充分に残されているといえる。そして当事者の婚姻生活への復帰ということは、復元された婚姻破綻として、当然に迎えられるのである。このことは、明らかに、離婚の和諧的救済ではないであろうか。また、第3例の場合においても、裁判所が離婚請求を棄却したことによって、離婚なることはその時点においてのみ阻止されたということになるのであるが、その結果するところはおそらくますます深化された婚姻破綻を招くことになり、したがって、何らかの離婚請求となって再現することであろう。このような疑念

の存する場合においても、別居判決を下すことによって、その婚姻破綻に対し何らかの反省・熟慮の機会が与えられ、また同時に婚姻意識の正浄化ということによって、さきにあげた2例の場合のように、いつかは同じく婚姻生活へ復帰する可能性を残しているもの、と私には考えられる。そしてその可能性の実現は、また、離婚の和諧的救済といえるのではないだろうか。

裁判別居は、婚姻破綻をいつまでも継続させて、配偶当事者を歪んだ婚姻関係におくことではない。その別居は、あくまでも一定期間に限定されるべきものである。その期間の経過後なお婚姻破綻の復元しえない状態が存続する場合にあっては、いわゆる離婚への転換を認めるものをいうのである。したがって、それはカトリック教の婚姻非解消主義 (principle of indissolubility of marriage) の復活とはならない。かりに、離婚への転換ということの結果としても、そのことは、裁判別居のすべてがもたらすものではなくして、その招かざる小部分にしかすぎない。私がここに採りあげんとする裁判別居なるものは、もとより、かつての離婚の代替的救済としての中世的性格をもつものにとどまらないで、当然に離婚の和諧的救済⁽¹⁰⁾としての現代的性格をもつものでなければならない。裁判別居は、いわば、わが離婚法における破綻主義の原理を充分に発揮せしめるものでこそあって、決して破綻主義を破壊するものではない。私は、わが国において、こうした裁判別居⁽¹¹⁾が制度化されることを提唱する者の一人である。

外国法において裁判離婚のほかに制度化されている裁判別居というものは、離婚という決定的婚姻解消の前提として、配偶当事者がまずその住居を別にして生活し、婚姻破綻が復元すれば、再び婚姻生活へ復帰させるものである。しかし、婚姻破綻が復元しえないときには、別居生活が存続し、その間に離婚請求をなうること、また別居生活が一定期間経過すれば離婚へ⁽¹²⁾転換することができるものである。このように、裁判別居は、もとより、婚姻破綻を何らかの形態において救済する機能を果たすものといわな

ければならない。外国法における別居制度については、それぞれの国によってその内容を異にしているのであるが、まず、これを2つの型に分別することができる。その2つの型というのは、大陸型と英米型である。大陸型というのは、別居にはいる要件、手続というものが複雑であっても、離婚への転換ということが容易であるものであり、これに対して、英米型というのは、別居することは容易に認められるのであるが、離婚への転換となるときびしくなっているものをいう。⁽¹³⁾大陸型や英米型において認められている裁判別居については、その機能に検討を加える充分の価値が存するものと考えられる。

- (1) 裁判官のこの自由裁量権行使については、もとより、濫用は許されず、つねに適正をえなければならない。このことについて、昭和34年7月7日法務省民事局は、法制審議会民法部会小委員会における親族法改正についての「仮決定及び留保事項（其の2）」として、現行の第770条第2項の規定は、運用上問題があるので削除するのが妥当である、としている（法律時報31巻9号85頁参照）。また、中川学長も同項の致命的欠点を示すものとして、夫の不貞を原因とする妻の離婚請求が裁判官の家父長制的意識に禍されて妻の当然の請求が棄却される判例をあげ、削除論に及んでおられる（中川前掲書310—1頁参照）。
- (2) 下裁民集1巻10号1632頁。
- (3) 有斐閣総合判例研究叢書民法(3)79頁参照。
- (4) 下裁民集4巻11号1638頁。
- (5) 有斐閣前掲書74—5頁参照。
- (6) 最高民集8巻12号2145頁。
- (7) 太田武男「家族法研究」110頁参照。
- (8) 太田前掲書110頁。
- (9) 太田前掲書109—10頁。
- (10) 中世のカトリック教が「神の合わせ給えるもの、人みだりに、これを離すべからず」（Quod Deus conjunxit, homo non separet.）という思想から、離婚を禁止したため、それに代る救済策としてカトリック教会の案出した「食卓と寝台からの分離」（divortium quoad torum et mensam）ということが、欧米諸国における今日の別居制度の起源をなしている。したがって、そうした別居は離婚の代替的救済にはかならない。しかし、ここに採りあげんとする裁判別居は、単に離婚の代替的救済に止まらないで、同時に婚姻破綻にある当事者に和譜的救済をもたらしものである。私は、この離婚の和譜的

救済を強調する者である。

1956年イギリスの離婚調査王立委員会の報告書においても、別居が後日配偶当事者の和譜可能性へのドアを開くことに役立つべきことが望ましい、と告げているのである（Report of the Royal Commission on Marriage and Divorce, para., 303.）。また、イギリスの学者にしても、たとえば Bromley も同じ見解を持している（Bromley, Family Law, 1957, p. 184.）。

- (11) たとえば、中川学長はその1人である。同学長はすでにその著「妻妾論」において、別居判決を仮死診断書として、別居制度を提唱しておられるのである（中川「妻妾論」239—60頁参照）。また、同学長は「もともと別居は、離婚の代用物として発達したものであるが、離婚を許容する現代の諸国にあっては、むしろ離婚のための熟慮期間のような役割を果しているといつてよい。そうした離婚を慎重にするための熟慮の期間という意味では、わが国のように、極めて無雑作に離婚が完了してしまう国では、他山の石として大いに考慮さるべき制度であるともいえる」といっておられる（中川前掲書「親族法＜上巻＞」189頁）。

- (12) このことについては、石崎政一郎「フランスの別居制度」家族制度全集史論篇Ⅱ「離婚」102頁参照。

- (13) 石崎前掲論文103頁参照。また、同論文には、Roguin, Traité de droit civil comparé-Le mariage, 1904, p. 285 et suiv. および前掲書「離婚」における末延三次「イギリスの別居制度」を参照としてある（同頁）。

なお、中川学長の推奨されているものとして、ヨーロッパ諸国の別居制度については、G. le Bras avec Marc Ancel, Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain, I. Europe, 1952 がある（中川前掲書190頁参照）。

Ⅲ 外国法における裁判別居の概要

私は、外国法における裁判別居について、大陸型としてフランス法とスイス法を、そして英米型としてイギリス法とアメリカ法を採りあげ、その大要に触れることにする。⁽¹⁾

1. フランス法

フランス法において、別居制度なるものは、もとよりカトリック教の婚姻非解消主義にその起源をもつものであるかぎり、⁽²⁾その本質をなすものは、配偶当事者を肉体的には分離するが、秘蹟的には分離しない。それは、当事者の婚姻関係が、同居義務を除いて、依然として存続し

ているからである。⁽³⁾ イギリス法とは異って、フランス法は協議別居を認めていない（同307条1項）。もとより、そこには、わが国やアメリカのように調停離婚や審判離婚ということも認められていない。それは、フランスにおいては、わが国やアメリカの家庭裁判所（family court）、またドイツの後見裁判所（Vormundschaftsgericht）というような裁判機構が存しないからである。フランス法においては、裁判離婚原因が裁判別居原因ともなっている（同306条1項）。裁判別居原因としてあげられるものは、裁判離婚原因としての絶対的原因（causes péremptoires）である姦通、そして相対的原因（causes facultatives）である暴行・虐待および侮辱である。フランス法においては、自由選択主義により、当事者は自由意思に基づいて、裁判離婚と裁判別居のいずれかを選択することができる（民法306条）。裁判別居を請求することは、当事者のいずれに対しても許されているが、その請求者の殆んどすべての者が妻である⁽⁴⁾ということが、その実情となっている。離婚請求を受理した裁判官には、当事者に和諧の希望が認められるという理由から、離婚請求を別居請求へ変更することは職権上許されていない。これに反して、離婚請求者は単なる申立の変更によって、本訴の離婚請求を反訴の別居請求へ変更することが許されているのである（同239条2項）。しかし、ここに注意すべきことは、本訴の別居請求を反訴の離婚請求へ変更することは許されていない。このことは、手続上の理由からであるとされるが、私には、そこにフランス法が別居請求よりも離婚請求を重視していることが窺知される。そして、この離婚請求を重視しているところに、フランス法がカトリック教の婚姻非解消主義にとらわれていることが考えられるのである。

それでは、裁判別居の法的効果としては如何。別居は離婚と異って、婚姻関係のうち同居義務を解消させることにすぎない。したがって、配偶当事者にはその他の法的義務が存続することになる。夫婦財産関係は、別産制となることになっている。（同311条2項）。なお、妻

の完全な独立性取得ということに対して、夫の家族首長としての地位は消失する。親権については、離婚の場合と同一の法的効果をもつ（同302条）。

フランス法においては、以上の裁判別居のほかに、別居の和諧への転換（conversion en réconciliation）および離婚への転換（conversion en divorce）という制度がおかれていることを、忘れてはならない。別居の和諧への転換によって、当事者の別居を終了させることになる。したがって、そこには、別居の一切の法的効果なるものは解消するのである。フランス法は、そのための何らかの特別の方式とか条件というものを規定していない。ただ当事者の別居終了の意思の合致があればよいのであって、それには通常当事者が再びその婚姻生活を始めることによって可能となる。私は別居の和諧への転換を認めることによって、婚姻破綻を救済しうることに、現代的性格を認め、大いに賛意を表する者である。それに反して、別居の離婚への転換（同310条1項）というのは、フランス法の裁判離婚が、有責主義による制裁離婚（divorce-sanction）の性格を有しているものであるに対して、当事者の婚姻生活を堪え難いものとしているあらゆる状態、いわゆる婚姻破綻に対する何らかの救済ともいえるべき救済離婚（divorce-remède）の性格を有するものであるといえるであろう。別居の離婚への転換を請求しうる者は、婚姻破綻に対して有責者であるか無責者であるかに関係なく、当事者のいずれか一方の者である。転換を可能ならしめるためには、別居判決が確定した日から3年の期間が経過したことを要する（同310条1項）。その場合、裁判所への単なる申請とその判決によって離婚へ転換される。離婚への転換の法的効果としては、一切の婚姻関係の解消ということである。しかし、そこには扶養定期金についての問題が残るのである。もし、別居後3年の期間を経過しても、当事者のいずれか一方の者から離婚への転換を請求しない場合にあっては、別居はそのままに存続することはいうまでもない。ここに、別居はその機能として離婚の代替的救済

と離婚の和諧的救済の両者を含むものであるが、フランス法においてはむしろ前者に重点をおいているもの、と私には考えられる。それは、別居制度がカトリック教の思想に起因するからである。たしかに、カトリック教国としてのフランスにおいては、その数多くの信徒の存在によって、別居は離婚の代替的救済としての機能を果たしているものといえる。⁽⁵⁾

つぎに、フランスにおいてはこの裁判別居に対し、如何なる批判があるか。その非難されるところは、つぎの諸点である。その第1としては、別居は一種の法的擬制であって、決して決定的な救済を与えない、問題回避の姑息な手段であるということである。その第2としては、別居は離婚以上に道德生活に重大な無秩序を生ぜしめるということである。すなわち、裁判別居は、正統的家族のほかには虚偽的・変則的家族を作り、非嫡出子の数を異常に増加させることをあげている。また、離婚への転換について、信仰に厚いカトリック教信徒は、それが離婚を成立させて背教となることを恐れ、別居すらなしえないとして非難するのである。このことに対して、Capitantは、宗教的に敬虔な信徒であれば、カトリック教の禁ずる離婚請求の生ずるがごとき行為を犯さないこと、また離婚請求をなさないこと、もしそれが不本意に成立する場合においてはみずからそれを利用しないことなどをあげて、明快に答えているのである。そして、離婚の増加に反対の立場に立つフランスの法曹家たちは、離婚が新たな生活への希望を与えることによって、別居よりも重大な誘惑を含んでいるという。⁽⁷⁾フランスにおいては、裁判別居について肯定する者も少なくないのである。たとえば、別居は、性格不一致の配偶当事者を解放することであり、有責配偶者によって遺棄されてはならない無責配偶者に対して好意的な制度であるとし、また、それは家族生活にとって多少の混乱を惹起するとしても、重大な侮辱から当事者が理性を喪失して十分な理由もないのに離婚へ走るといようなことを抑制するものとして、その機能を強調しているのである。試みに、1945年以来続けられている民法典改正

委員会 (Commission de Réforme du Code Civil) の理由書 (Exposés des motifs) は、つぎのように告げている。どのような決定的理由も、別居制度の廃止を正当化するものではないと委員会は考える。別居は、夫婦間に和諧の可能性を幾らでも残しており、しかも、宗教的確信から離婚という手段を容認しない人々には離婚の代用をしている。他方では、離婚への転換を請求できるのであるから、婚姻関係にとどまることを欲しない夫婦は、婚姻から解放されることができる。⁽⁸⁾

以上フランス法の裁判別居について、賛否両論の存することを明らかにした。別居は、もとより、法律上の問題であって宗教上の問題ではありえない。したがって、フランス法の裁判別居の根底がカトリック教の思想にあることから、それは法教分離主義に基づいて当然に分離され、改めて法律上の問題としてのみ考慮の払われるべきものであると結論される。

要約すれば、フランス法における裁判別居は、離婚の代替的救済重点主義にあるもの、と私には考えられるのである。

2. スイス法

スイス法は、別居制度を認めている。しかし、それは、フランス法のように裁判別居と別居の和諧への転換および離婚への転換という形態をとっているのではない。別居請求のあった場合には、別居判決が下されるのであるが、たとえ離婚請求があっても、そこに和諧の見込 (Aussicht auf die Wiedervereinigung) が確実であるときには、別居判決を下すことになる (民法146条1項・2項)。したがって、別居は、婚姻破綻に対し一たび離婚の意思をもつにいたった配偶当事者に和諧への十分な考慮と機会を与えることを目的としているといつてよい。⁽⁹⁾ スイス法は、特別の別居原因や手続を規定していない。当事者の一方が別居請求をなすとき、当事者主義によって、裁判官は請求をした当事者に拘束されるので、その請求者に対してただ別居させるか否かについてのみ判断を下すことが許されるのであって、そこに和諧の見込が全然ない場合においても、別居の判決しか下

しえないのである。離婚請求を別居請求に変更してもよいが、それに反して、別居請求を離婚請求に変更することは許されない⁽¹¹⁾。つぎに、離婚請求があり、そこに離婚原因が備わっているも、裁判官には和諧の見込があるか否かについて諸般の事情を考慮して判断し、もし和諧の見込について確信 (Überzeugung) をえたときには、もとより、別居判決を下さなければならないことになっている (同146条3項)。もし、この場合において、裁判官に和諧の見込がないと判断されるときには、離婚判決を下さなければならない (同3項)。これらのことは、当事者の一方のみの請求についてである。しかし、当事者の一方が離婚請求をなし他方が別居請求をしている場合、もし、別居請求者の主張する原因のみが認められるときには、別居判決が下されることになるのである⁽¹²⁾。裁判官は、別居理由が存すると考えるときには、1年乃至3年の確定期間、あるいは和諧の成立までまたは和諧の不成立までという、不確定期間の別居判決を下すことになる (同147条)。スイス法における裁判別居なるものは、婚姻破綻に対し離婚の代替的救済をなすものではなく、離婚の和諧的救済をなすものであり、また、それは当事者に和諧への何らかの反省・熟慮の機会を与えることを目的としているとも、私には考えられるのである。

それでは、裁判別居の法的効果としては如何。スイス法においても、フランス法と同じく、別居は婚姻関係のうち同居義務を解消させることにすぎない。したがって、配偶当事者にはその他の法的義務が存続することになる。当事者間に出生または懐胎した子女のある場合には、一応嫡出子の推定をうける (同252条)。夫の扶養義務は、共同家計の廃止によって変形することになる。夫婦財産制は維持されるのであるが、裁判官には、別居判決が下される場合、当事者の請求または職権による判断によって、夫婦財産に関する必要な処分をなすことが許されている (同155条)。この場合において、裁判官のなしうる処分というのは、和諧を促進させるもしくは当事者双方の利益となるような処分

のみである。親権についてみるに、当事者は生計を別個にするため、離婚の場合に準じて、子女の幸福と利益を中心として決定されるのであるが、両親のうち現実的に監護・教育をする者が問題となる。このことを、裁判官は別居判決のなかにおいて、決定することも許されている⁽¹³⁾。

別居の終了ということは、和諧・和諧の拒否または別居期間の経過に起因する。和諧については、当事者が別居期間中または別居期間経過後に、離婚請求の係属した場合、その判決があるまでの間ならば、いつにてもそれが可能とされる。和諧は当事者がその婚姻生活を復活させる意思の表示によってなされる。別居していた当事者が再び婚姻生活を始めて一定期間それを継続した場合、または、別居判決が下されても同居を希望してそれが継続されている場合、そこには、和諧の意思が存するものと認められるのである⁽¹⁴⁾。もっとも、和諧とは当事者の婚姻生活の復活であるかぎり、一時的のものではなくして永続的のものでなければ、そこには、その意思が存するものとは認められない。和諧の成立は、別居についての法的効果を一切消滅させる。別居期間経過後においても、もし和諧の見込のない場合には、当事者のいずにも離婚または別居廃止を請求することができる。別居期間が特定のものであれば、その経過後に、当事者のいずれにも離婚請求をなすことができるのである (同147条1項)。それに反して、別居期間が不特定のものであれば、3年が経過すればよいのである (同147条2項)。こうして当事者のいずれにもいったん生じた離婚請求権というのは、和諧の成立しないかぎり、いつまでも存続していて、もし離婚請求をすれば必ずそれが認められる (同148条1項)。別居期間の経過後であっても、請求者のみの責任において生じた事実を基として離婚請求をしても、それは認められない (同148条1項但書)。しかし、この場合においても、請求者または被請求者から提案された和諧が拒否されてあれば、離婚が認められることになるのである (同148条2項)。ここに注意すべきことは、別居期間の経過後におい

ては、その期間の延長や和諧の請求は許されないものであって、離婚請求のみしか認められないことである。

つぎに、スイスにおいてはこの裁判別居に対し、如何なる批判があるか。それは、裁判別居なるものは離婚の和諧的救済という機能を果たすものであるとしても、果してどの程度の有効性を有しているかという問題である。すなわち、離婚請求がなされたとき、配偶当事者のいづれにも別居権が存することになるので(同170条2項)、裁判官に和諧させる試み(tente de conciliation)というものが不成功に終る場合が多々あり、また、別居によって当事者の婚姻破綻が決定的なものになるということであり、したがって、長期間の別居についての判決を下すことはより以上の危険性があることになるので、離婚請求があった場合和諧の見込がよほど確実でなければ、別居は認めるべきものではないということである。⁽¹⁶⁾ 思うに、スイス法は離婚よりも別居を重視し、別居を通して和諧の途を講じ、婚姻破綻を復元させるものといえる。スイス法がその別居期間を特定期間とするときは1年乃至3年となり、また不特定期——和諧の成立、不成立までの期間——とするときは、フランス法の3年の別居期間と異って弾力性を帯び、そのケースによって当をえたものとなりうるといえよう。別居期間が、いわゆる婚姻外の性関係や子女の非嫡出性を引き起こすことから、フランス法のような長い期間というものは、弊害をもつものであるというべきであろう。しかし、スウェーデン法のように1年の別居期間⁽¹⁷⁾であれば、短かい期間であるがために、果して婚姻破綻の復元が可能性を有するかという疑問が生ずるのである。離婚の和諧的救済なることが、裁判別居の現代的性格をあらわすものにほかならない、といわざるをえないのである。この視点に立って、フランス法とスイス法を比べてみれば、後者が前者より一段とその機能を果たしうるものといわなければならない。プロテスタント教国であるスイスにおいても、数多くのカトリック教信徒がおり、彼等にとって別居ということは離婚の代替救済としての機

能を果たすものとなる。⁽¹⁸⁾

要約すれば、スイス法における裁判別居は、フランス法とは異って、離婚の和諧的救済重点主義にあるもの、と私には考えられるのである。

3. イギリス法

イギリス法においては、別居制度として協議別居——配偶当事者の合意による別居——と裁判別居の二種⁽¹⁹⁾があげられる。しかし、この小論においては、協議別居には触れない。イギリス法においては、単に裁判別居が存するのみであって、フランス法やスイス法におけるように、別居の和諧への転換および離婚への転換ということは認められていない。したがって、別居中においては、新たに離婚請求をなすことによって離婚が認められるのみである。裁判別居については、高等法院(High Court of Justice)の検認・離婚および海軍部(Probate, Divorce and Admiralty Division)による別居判決、巡回裁判による別居判決、さらに略式裁判所(Court of Summary Jurisdiction)の治安判事の別居命令によることになる。イギリス法は、別居原因を規定している。それは、離婚原因となる事実と同居を命ずる判決——夫婦権回復判決——に対する不服従そして1857年の婚姻事件法(Matrimonial Causes Act)実施直前教会裁判所(Ecclesiastical Court)が卓床離婚原因としていたところの事実である。その卓床離婚原因としての事実のなかには、たとえば、鶏姦または獣姦の未遂ということが含まれている。ここに注意すべきこととして、裁判別居原因が存していても、ある事由——たとえば、姦通に対して離婚請求者が宥恕すること、または請求者が姦通すること——があれば、裁判官の自由裁量によって、別居判決が下されないことになる。したがって、イギリス法は別居よりも離婚を重視しているもの、と私には考えられるのである。別居判決の請求については、高等法院の本庁か巡回裁判において取り扱われる。別居請求に対しては、仮判決というものは適用されない。しかし、その本判決の取消ということが、認められている。それは、別居判決

が下された後にてその言渡をうけた被請求者からの申立において、それが被請求者欠席の判決であった場合、あるいは遺棄を事由としての判決であり遺棄をするにあたっての相当の理由が存することが明白であった場合、裁判所はその別居判決を取り消せることになっている。⁽²¹⁾ つぎに、治安判事に別居命令の申立をなすためには、その原因である事実が発生したときから6ヶ月以内でなければならない。⁽²²⁾ もし高等法院において婚姻事件の係属中であれば、その申立は許されないことになり、また、治安判事が高等法院の処理に任せることが適しているとは判断するときには、その申立について裁判を拒否してもよいことになっている。⁽²³⁾ こうしたことから、イギリス法は裁判別居に対する取扱いに弾力性を与えているものといえる。

それでは、裁判別居の法的効果としては如何。イギリス法においても、別居によつて配偶当事者の同居義務のみが解消されることは当然のことである。したがって、婚姻関係のその他の法的義務というものは、当事者に存続する。裁判別居の判決なり治安判事の別居命令が下されても、それと同一の事実を離婚原因として、離婚請求をすることが許されており、別居生活にある当事者が離婚判決を与えられたとき、または当事者が再び婚姻生活を始めたとき、別居ということは、失効するのである。

つぎに、イギリスにおいてはこの裁判別居に対し、如何なる批判があるか。イギリスにおいては、プロテスタント教団ではあるが、宗教的信念または社会的体面から、離婚を欲しないがさりとて同居をも欲しないという者の望を容れることになる。このことは、その結果としていわゆる「夫なき妻および妻なき夫」を作ることになり、まことに不自然であるとして非難される。⁽²⁴⁾ そうしたところに、別居は離婚の代替的救済の機能のみを果たすものといわなければならない。1956年3月に公表された婚姻ならびに離婚調査王立委員会報告書(Report of the Royal Commission on Marriage and Divorce)によれば、離婚や別居の原因の存するとき、離婚に対して宗教的良心から反対する人々を救済する

ために、別居は保持される必要があり、また、この救済が同時に後日の和譜可能性に努力する被害配偶者のために役立つことが望ましいというのである。このことに対して、学説も同じ立場に立っていることが窺知される。⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾ なお、同委員会報告書は、宗教上または良心上離婚に反対する者があるので、裁判別居の制度を維持して、無責配偶者に離婚と裁判別居との選択権⁽²⁷⁾を与えるべきであるとしている。

イギリス法の別居なるものは、たしかに、離婚に従たる位置におかれたものといわざるをえない。それは、別居に対してはあまりにも弾力性を与えすぎているからである。この報告書のなかにおいて示されているように、宗教上または良心上離婚に反対する者の存在から、別居を考えるというところに、イギリス法の保守性がくみとられ、そこに、また中性的性格としての離婚の代替的救済という機能しか見いだしえないのである。

要約すれば、イギリス法における裁判別居は、離婚の代替的救済主義にあるもの、と私には考えられるのである。

4. アメリカ法

アメリカ法においても、別居制度が認められている。アメリカ法の離婚形態としては、絶対離婚(absolute divorce)と限定離婚(limited divorce)そして立法による離婚(legislative divorce)の3種があげられる。絶対離婚と呼ばれるものは、わが民法におけるような裁判離婚のことである。限定離婚とは、イギリスの教会裁判所における卓床離婚に起因するものであって、一種の離婚であり裁判別居のことをいうのである。それは、カトリック教の教義に基づいて、離婚を許さず別居のみを認めることによる。そして、立法による離婚とは、特定の離婚を認めるために立法府によって制定される特別離婚法(special divorce law)による離婚のことである。しかし、この種の離婚なるものは、現行の州憲法において禁止している州が多いので、きわめてまれにしか成立しない。したがって、アメリカ法において、採りあげられるものとしては、裁判離婚と裁判別居ということ

になる。この二者を併置しているのは、51法域のうちであって、27法域である。そして、妻にのみ別居を認めているのは、アリゾナ・ミネソタ・ペンシルヴァニアの3法域となっている。もとより、裁判別居といっても、イギリス法と同じく、別居の和諧への転換および離婚への転換ということが認められていない。なお、アメリカ法⁽²⁸⁾においては、裁判別居のほかに、協議別居を認めているものが10法域あることになる。裁判別居については、配偶当事者の一方の申立により、他方に一定の事由の存する場合、裁判所が別居判決を下すことになる。別居原因については、夫の場合と妻の場合とにて差別を設ける法域があり、絶対離婚原因としては認めないが別居原因として認める法域があり、また別居原因が絶対離婚原因ともなる法域などがある。絶対離婚原因の存する場合には、もとより、別居が認められる。別居を認める全法域にあって、別居原因となるものをあげると、それは虐待である。他の別居原因としては、たとえば、姦通は17法域において、遺棄は26法域において、酩酊は17法域において、また、禁獄および有罪決定は12法域においてとなっている。

それでは、裁判別居の法的効果としては如何。裁判別居を認めている法域のほとんどすべてが、その法的効果について規定している。それは、もとより、配偶当事者の同居義務のみが解消されるのであって、各法域において多少の差異があるが、他の婚姻関係についての法的義務には変動が生じないのである。したがって、当事者は当然に再婚することを許されない。もし、姦通の事実が生ずれば、それは離婚原因となる。別居期間中に出生した当事者の子女に対しては嫡出性の推定がうけられないのである。7法域においては、別居後に絶対離婚を請求することが許されている。たとえば、ヴァージニアにおいては、無責配偶者は別居判決をうけたときから3年経過すれば、絶対離婚の請求ができるのである。⁽²⁹⁾ 別居については、婚姻関係は存続するので、別居手当というものが、扶養義務の延長として支払われることになっている。さらに、当事者の子女の監護・扶養ということに

ついては、特定の制定法乃至判決の存しないかぎりには、別居以前と同じく取り扱われるのである。26法域には、このことについて、制定法がおかれてある。当事者の一方の死亡、別居後に生じた相当の事由によって絶対離婚が許されたこと、および当事者の和諧によって、別居は終了する。和諧について制定法が何ら規定していない法域にあっては、当事者が婚姻生活を始めることにより、別居は終了するのである。別居終了については、裁判上の行為を何ら必要としないということが、一般原則となっている。別居を認めている27法域のうち、その6法域は和諧の効果について、また、15法域が和諧後裁判所の別居判決撤回について規定しているのである。別居判決撤回について、最も普通の規定をおいている9法域についてみれば、それには、和諧をなしたことについての証拠をもった当事者が、共同にて申請すればよいことによっている。アメリカ法においては、裁判別居が認められていても、別居原因に嚴重さが乏しいことになる。イギリス法のように、アメリカ法においては、別居を離婚の代替的救済としての機能を果たすものとしてのみ採りあげているとしか、いえないのである。

つぎに、アメリカにおいてはこの裁判別居に対し、如何なる批判があるか。大江健次郎判事は「大抵の米国の立法者は何か非常に必要に迫られて刺戟されたとき丈活動する事はアメリカでは誰でも知っているとの事で、限定離婚は右の状態であるから姦通が唯一の絶対離婚の原因であるニューヨーク州に於てさえ限定離婚を知らない者が居るそうである。従って限定離婚の制定法に欠陥があっても裁判所や改善論者、立法に⁽³⁰⁾関係する者の注意もあまり引かない現状にある」といっておられる。このことは、アメリカにおいては、裁判別居に対する裁判所・改善論者・立法者の関心の希薄であることとともに、彼等にその研究の必要なることを、多いに示唆するものといえるであろう。別居は無責配偶者にとって何らの救済とならないので、これ⁽³¹⁾に対して異論を唱える者が相当に存する。しかし、アメリカにおいて、別居を採用している州がむ

しる上昇の傾向にあるということは、その社会的要請を示すものというべきである。⁽³²⁾

要約すれば、アメリカ法における裁判別居は、イギリス法と同じく、離婚の代替的救済主義にあるもの、と私には考えられるのである。

- (1) たとえば、イギリス法については、末延前掲論文、また久貴忠彦「別居制度——イギリス」阪大法学第44号・同第45号および久貴「現代別居制度論」阪大法学第47号がある。そして、阪大法学第47号において、久貴助教授は、イギリス法のほかにフランス法・スイス法についても、その見解を明らかにしておられる。
- (2) それは、中世におけるカトリック教の思想によるいわゆる卓床離婚に起因する。
- (3) Esmein, Le mariage en droit canonique, t. II p. 87, note 3.
- (4) Colin et Capitant, Cour. II^e édit, par J. de la Morandière t.I, p. 504.
- (5) 久貴前掲論文「現代別居制度論」7頁参照。
- (6) 石崎前掲論文128頁参照。
- (7) たとえば、著名な法曹家として、Colin et Capitant・Planiol et Ripert・Mazeaud・Marty et Raynaudなどであって、別居よりも離婚を非難する者としては、たとえば、彼等のうちのMarty et Raynaudである（青山「離婚の史的諸形態とその背景」家族問題と実法Ⅲ離婚70—1頁参照。
- (8) Avant-projet de Code civil, I, p. 117. この訳文は「ジュリスト」138号13頁による。
- (9) Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band II, 1914, Art. 146 N. 2.
- (10) Bühler, Ehescheidungsverfahren, ZSR 74 S. 338a.
- (11) Barde, La Procès en Divorce, ZSR 74 s. 507 a.
- (12) Eggar, Kommentar Zum Familienrecht, 2 Aufl, 1936, Art. 146 N. 9.
- (13) Eggar, Art. 149 N. 14.
- (14) Eggar, Art. 147—8 N. 3.
- (15) Barde, a. a. O., S. 459 af.
- (16) Eggar, Art. 147 N. 8またはBarde, a. a. O., S. 508 aff である。
- (17) 中川前掲書268頁注(7)参照。
- (18) 久貴前掲論文7頁参照。
- (19) イギリス法において、協議別居ということは、配偶当事者の合意に基づく別居契約 (contract for separation) によるものである。それには、特別の原因というものがない。末延前掲論文86—98頁参照。
- (20) Matrimonial Causes Act, 1950, S. 14(1).

- (21) ibid., 14(3).
- (22) Summary Jurisdiction (Married Women) Act, 1895, S. 8.
- (23) ibid., S. 10.
- (24) 末延前掲論文77頁参照。
- (25) 久貴前掲論文7頁参照。
- (26) たとえば、久貴助教授はBrowleyやJohnsonをあげておられる（久貴前掲論文7頁参照）。
- (27) 田中和夫「イギリス婚姻法」宮崎孝治郎編新比較婚姻法Ⅱ624頁参照。
- (28) アメリカ法において、協議別居というのは、配偶当事者が合意に基づいて、一定期間事実上の別居生活を営むことである（谷口知平「北米合衆国婚姻法」宮崎編新比較婚姻法Ⅱ307頁参照）。
- (29) 谷口前掲論文326—7頁参照。
- (30) 大江健次郎「米国における離婚制度」司法研究報告書第2輯第7号402頁。
- (31) 異論を唱える者として、大江判事はつぎのようにあげておられる。VernierはAmerican Family LawsⅡに、James KentはCommentaries on American LawⅡに、そして、Joe Prentiss BishopはNew Commentaries on Marriage, Divorce and SeparationⅠにおいてである（大江前掲書397—8頁参照）。
- (32) 大江前掲書398頁参照。

Ⅳ む す び

以上外国法における裁判別居の大要について、検討を加えてきたのである。つねに即決的に離婚か離婚棄却かのいずれかの判決を下すことのみに終始する裁判離婚に対し、裁判別居の位置というものは、離婚の和協的救済という機能を発揮させるものとして、裁判離婚に前置されるべきものである。それは、いい換えると、調停前置主義のように、私は裁判別居前置主義と唱えたい。離婚法が破綻主義に立つかぎり、そもそも人間関係のうちにあって、婚姻関係が心理の機微なるものであることを考慮において、婚姻破綻を直ちに解決せしめるべきではなく、それに対して何らかの反省・熟慮の機会を与えることによって、その和協的救済の機能を果たさせるべきである。したがって、裁判別居ということが最適である、と私には考えられるのである。それがためには、もとより、裁判官が諸般の事情からその場合の最も妥当なる判断を下さなければならない。この場合、もし裁判

別居の判決が下されるならば、婚姻破綻はそれによって救済されるであろう。そして、もし、その和諧的救済によっても、婚姻破綻の復元しえない場合、離婚への転換という離婚の代替的救済としての機能を果たさせることになる、配偶当事者のある程度の理解を通じて、婚姻関係を円満に解消せしめることになるのではない。ここに、離婚の和諧的救済ということが重視される。裁判別居前置主義に基づいて、ここに当然に裁判別居の規定が裁判離婚の規定より前置されなければならないものである。

ここに、昭和38年6月7日（昭和35年（オ）216号）最高裁判所第2小法廷の判決⁽¹⁾をあげてみよう。それは、第1審においては原告夫Xの被告妻Yに対する離婚請求が敗訴となり、第2審においては控訴人夫Xの離婚請求が認められたのであるが、第3審においては上告人妻Yの反訴によって、性格不一致のもたらせた婚姻破綻に対する離婚請求を、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」に該当せずとして、原審裁判所へ破棄差戻したのである。その判旨は「原判決は、判示事実関係のもとでは、被上告人と上告人との婚姻関係は、双方の性格の不一致と愛情の喪失によって、深刻かつ治癒し難い程度に破綻し、婚姻の実をあげうる共同生活の回復はもはや望むことができず、この状態は婚姻を継続し難い重大な事由がある場合に当たると判示している。しかし、婚姻関係が破綻した場合においても、その破綻につきもっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえないと解するのを相当とするところ、原判示事実関係によれば、双方の婚姻関係の破綻は、被上告人の独善的かつ独断的行為に起因するものが多大であることが窺えないわけではなく、しかも、双方がさらに反省と努力を重ねるならば、双方の子供達を中心とする周囲の者の協力、援助のいかんによっては、必ずしも将来円満な婚姻関係を回復することが期待できないものでもないことが推認できる。従って、当事者双方の婚姻関係を継続し難い重大な事由があると判断した原判決は、民法770条1項5号の解釈、適用を誤ったものというべく、

論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、原審をして双方の婚姻関係を継続することの可能性の有無についての諸般の事情並びに右婚姻関係の破綻原因は主として被上告人が与えたものというべきか否かについてさらに審理を尽させるため、本件を原審裁判所に差し戻すのが相当である⁽²⁾」というのである。この判決は、最高裁判所においても、配偶当事者の反省・熟慮と努力が、婚姻破綻に対し離婚の和諧的救済としての機能を果たすものとなりうることを示唆していると私には考えられるのである。また、東京家庭裁判所の村崎満判事は「家庭裁判所の調停にて応々夫婦別居の調停があるが、これは夫婦間の将来の結婚生活の維持を図る目的で、その別居期間中に感情の調整その他結婚を妨げている事情を排除するための一時的のものである⁽³⁾」とっておられる。なお、村崎判事は離婚調停の場合、「申立人は必ずしも離婚の意思が確立しているわけではない事案も多い。この種の事件は幸い調停手続で裁判官、調停委員達の説得により夫が非行を改めさえすれば、離婚を⁽⁴⁾願意しようと考えている場合である」といっておられる。このことは、婚姻破綻の危機を調停別居によって救済するものといえる。家庭裁判所における調停乃至審判による別居ということも、離婚の和諧的救済となりうるものではあるが、調停・審判というものの法的効果という視点に立つとき、それらは決定的なものとはいえない。私は、裁判離婚の場合においても、村崎判事の調停別居についていわれていると同じケースが、もとより、ありうるものと考えるのである。したがって、ここに、また裁判別居の存在理由というものが、ますます大きな位置を占めるのである。

もっとも、外国法における裁判別居に対して賛否両論があることは、すでにこれを明らかにしたところである。私としては、裁判別居を認めている各国において、その否定論の核心をなすものは、結局において、不倫関係の醸成に対する批判であると考え。その批判は、たしかに、ある意味において正しい。しかし、そうした方向に傾斜してゆくことのみが、すべてであ

るとは考えられない。裁判離婚の判決の結果は、厳然たる事実として婚姻関係が解消される。それに反して、裁判別居においては、婚姻関係のすべての解消ではなくして、ただ同居義務のみの解消に過ぎないのであり、婚姻破綻に対して当事者に何らかの反省・熟慮の機会が与えられ、また同時に婚姻意識の正浄化によって、婚姻生活へ復帰することが可能性をもつといえる。そして、そこには、復元された婚姻破綻として迎えられるのである。このことは、離婚法における破綻主義の否定ではなくして、まことに破綻主義の止場である、といわなければならない。

私は、離婚の和譜的救済を重視しつつ、裁判別居を提唱する者の一人である。しかし、必ずしもスイス法における別居制度を直ちに採りあげるべきである、と提唱する者ではない。そこには、別居期間その他の問題について、いまだ種々考慮を要するものが残されているからである。裁判別居に対する否定論の核心をなすものとしての不倫関係の醸成に対しては、第1には婚姻意識の正浄化に、第2には離婚についての家庭裁判所の結婚カウンセリングの普乃化に、まつべきものである。家庭裁判所の最も重要な機能である調停事件のうち、最も多いのは例年

離婚事件であって、昭和39年の調査は、離婚事件のうち離婚となったものが43.3%、円満に同居を回復したものが23.4%、別居6.7%、はっきりした解決をえられなかったものが26.6%となっている、と青山教授はいっておられる⁽⁵⁾。また同教授は、結婚カウンセリングを離婚の万能薬とは考えないとし、あくまでも離婚を阻止するという前提に立つことには反対し、他に然るべき手段のあるかぎり、離婚にふみきすることは賢明策ではないという立場に立ち、さらには、結婚カウンセリングを家庭裁判所の機能にのみまかさないうで、家庭裁判所外においてもこれを発達させてゆくべきであるという見解を、明らかにしておられるのである⁽⁶⁾。私としては、同教授の見解に対して、多いに賛意を惜しまないところである。

(1) 家裁月報15巻8号55頁。

(2) 別刷ジュリスト No.12, 1967「家族法判例百選」62頁。

(3) 村崎満「結婚・離婚・扶養の法律知識」85頁。

(4) 村崎前掲書147頁。

(5) 青山道夫「新しい家庭を考える」新文化選書176頁参照。

(6) 青山前掲書186—7頁参照。なお、この結婚カウンセリングについては、家庭裁判所調査官研修所の鮫島龍男教官によって詳しく紹介されている（注釈民法(2)親族(2)29—52頁参照）。